Early Journal Content on JSTOR, Free to Anyone in the World

This article is one of nearly 500,000 scholarly works digitized and made freely available to everyone in the world by JSTOR.

Known as the Early Journal Content, this set of works include research articles, news, letters, and other writings published in more than 200 of the oldest leading academic journals. The works date from the mid-seventeenth to the early twentieth centuries.

We encourage people to read and share the Early Journal Content openly and to tell others that this resource exists. People may post this content online or redistribute in any way for non-commercial purposes.

Read more about Early Journal Content at http://about.jstor.org/participate-jstor/individuals/early-journal-content.

JSTOR is a digital library of academic journals, books, and primary source objects. JSTOR helps people discover, use, and build upon a wide range of content through a powerful research and teaching platform, and preserves this content for future generations. JSTOR is part of ITHAKA, a not-for-profit organization that also includes Ithaka S+R and Portico. For more information about JSTOR, please contact support@jstor.org.

XVI.

Ueber den Beweis der Eigenthumsklage [1]).

Ein Verſuch.

Vom Herrn Criminalgerichtsaſſeſſor Henſchel zu Dermbach.

Das Eigenthum iſt eines von denjenigen Rechten, in deren Bedeutung gewiſſermaßen die geſchichtliche Entwickelung irgend eines Volks ihre erkennbaren Reſultate liefert. Die Regeln, welche das Vernunftgeſetz über dieſen Gegenſtand, als das reine Ergebniß des geſelligen Zuſtandes, aus der Natur der Sache ableiten könnte, würden überall ſehr einfach ſeyn; aber ſchon dieſe Regeln müſſen, wenn von einem Recht auf Sachen nur die Rede ſeyn ſoll, ſich eine hiſtoriſche Grundlage machen, eine formirte bürgerliche Geſellſchaft vorausſetzen, welche das Beſtehende zur Norm für das Bleibende und Werdende angenommen hat. Es fragt ſich nun

1) ſ. das Arch. f. d. civ. Prax. Bd. VI. No. XV. und Bd. VII. No. XIII.

Der Verfaſſer dieſes Aufſatzes iſt weit entfernt, ſich zu den von Thibaut zur Beleuchtung dieſer Materie Aufgeforderten zu zählen. Weil aber jede neue nicht offenbar aus dem Reich der Hypotheſen aufgegriffene Anſicht einer noch in Zweifel befangenen Lehre zur beſſeren Aufklärung derſelben dienen kann, ſo wage ich es, dieſen Verſuch in dem Archiv für die civiliſtiſche Praxis niederzulegen. Der Name dieſer Zeitſchrift bürgt dafür, daß auch practiſche Juriſten eine Stimme darin haben, deren theoretiſche Unzünftigkeit man mit in den Kauf nehmen muß. H.

hier sogleich: kann das zu irgend einer Zeit Bestehende, als Stoff oder Factum, Norm werden für alles Künftige, oder kann es eine solche nur werden als Form, als Bestehendes im Begriff? In der verschiedenen Beantwortung dieser Frage dürfte, so wie sich daraus das Verhältniß der festen lex scripta zu dem mit der Zeit sich fortbildenden Recht, der nichtgeschichtlichen zur geschichtlichen Methode der Wissenschaft ergiebt, auch das Erkennungsprincip für die juristische Natur des Eigenthums und seiner Uebertragungen zu suchen seyn.

Weil an sich gar nichts bestehend ist, aber das menschliche Bedürfniß der Ordnung doch die Nothwendigkeit mit sich bringt, einen Zustand als bestehend anzunehmen, so befaßt sich die Rechtswissenschaft damit, die wesentlichen, erkennbaren Veränderungen der Substanz oder unserer Einwirkung darauf ins Auge zu fassen, und daraus die Regeln abzuleiten für Das, was zwischen solchen Veränderungen in der Mitte liegt. In jenen Veränderungen der Substanz oder unserer Einwirkung darauf liegt die Form des Bestehenden; das Dazwischenliegende ist an sich blos factisch (wie z. B. Besitz), und bekommt erst rechtlichen Sinn durch das Zurückbeziehen auf seine Form (Entstehung). Das Bestehende kann folglich als Stoff nicht juristische Regel werden, sondern nur als fortdauernde Darstellung der Form rechtliche Bedeutung gewinnen [2]).

Die positive Gesetzgebung eines Staates kann die Veränderungen des Rechtsobjectes, welche die Form seiner rechtlichen Beziehung darstellen, durch Umstände bedingen, die an sich nicht wesentlich damit verknüpft sind, sondern in der politischen Geschichte jedes einzelnen Volkes oder Staates ihre Begründung finden. Solche Umstände mögen hier, wo

2) Was man für Ausnahme halten könnte, das possessorium summariissimum oder die Spolienklage, gehört eigentlich mehr in das Gebiet polizeilicher Anträge.

vom Eigenthumsrecht vorzugsweise die Rede iſt, der Kürze wegen, hiſtoriſche, und im Gegenſatz ihrer diejenigen, welche unter allen Verhältniſſen die Natur der Sache mit ſich bringt, abſolute Bedingungen des Eigenthums genannt werden.

Das römiſche Recht ſchon kennt im Verfolg ſeiner Geſchichte ſehr verſchiedene hiſtoriſche Bedingungen des Eigenthums, was ſich aus den durchaus verſchiedenen Zuſtänden ſeines Subjects, des römiſchen Volks und ſpäterhin Reichs, genüglich erklärt.

Noch verſchiedener waren die Wirkungen, welche die Geſchichte des Volks auf das Eigenthumsrecht der Deutſchen äußerte. Was in dem langen Verlauf der Zeit auch hier untergegangen ſeyn mag, und ſo wenig in unſerm Recht die Geltung des römiſchen geleugnet werden kann, ſo iſt doch ſchwer zu begreifen, wie man die rechtlichen Anſichten über die Bedingungen des Eigenthumserwerbs jetzt noch mitten aus dem römiſchen Nationalweſen, ſchon in der Geſchichte jenes Rechts erloſchen, herausgreifen und auf das unſrige pfropfen will.

Die Anſicht, wonach die Begründung der Eigenthumsklage im Falle derivativen Erwerbs entweder aus der Uſucapion oder aus dem Eigenthum des auctor [3]) hergeleitet werden ſoll, gehört lediglich jener Periode des römiſchen Rechts an, wo der Unterſchied zwiſchen civis und peregrinus, res mancipi und nec mancipi, dominium ex jure Quiritum und in bonis esse noch lebendige praktiſche Be-

3) Daß die Berufung auf dominium *antecessoris* an ſich gar keine weitere Begründung des Eigenthums, als der legitime Beſitz des letzten Erwerbers ſelbſt ſchon, enthält, indem immer die weitere Rückfrage entſteht: „woher hat's der bekommen?“ bis man endlich mit Göthe würde antworten müſſen: „der hat's genommen“; daß folglich der auctor dominii, bis zu welchem hinaufgeſtiegen wird, Einer ſeyn muß, der nicht derivativ erwarb, bedarf keiner weiteren Auseinanderſetzung.

deutung hatte. Es war römiſches Staatsintereſſe zu jener Zeit, der Civität ſo viel Gewicht als möglich beizulegen, dem römiſchen Bürger an ſeine Eigenſchaft eines ſolchen ſein Alles zu knüpfen: daher die Verbindung des Eigenthumserwerbs damit, der Vorzug des dominium ex jure Quiritum vor dem natürlichen Gehören, das Bedingtſeyn der Vindication durch jenes, die Erſchwerung ſofortigen römiſchen Eigenthumserwerbs durch die Formen der mancipatio, in jure cessio u. ſ. w.

Weil jedoch die natürlichen Entſtehungsarten eigenthümlichen Beſitzes, derſelbe mochte unmittelbar oder durch freie Uebertragung der Sache von Andern erworben ſeyn, als die eigentlichen Wendepuncte der juriſtiſchen Beurtheilung ſchlechthin nicht zu übergehen waren, ſo ließ man die urſprünglichen Erwerbarten (Occupation u. dergl.) als juris gentium für eigenthumbewirkend gelten; die derivativen freiwilligen Wandlungen eigenthümlichen Beſitzes aber wurden mittelſt fingirter Hinausrückung ihres Geſchehenſeyns auf ein und bezüglich zwei Jahre (durch Uſucapion) zu poſitiven oder civilen Erwerbformen des Eigenthums erhoben, ſofern der Erwerber ſeine Einwirkung auf den Gegenſtand im Bewußtſeyn der entſtandenen Befugniß dazu dann noch ausübte, oder dieſe Ausübung Andern überlaſſen hatte, welche nun ſeine Rechtserwerbung vollendeten.

Eine urſprünglich unmittelbar erworbene Sache (ex jure gentium) konnte auf einen Andern mit dem ganzen Recht des erſten Erwerbers civiliter übertragen werden, und von dieſem immer weiter. Wer dieſe Uebertragung des anfänglich ex jure gentium erworbenen Eigenthums vom erſten Erwerber (auctor) auf ſich durch alle Mittelglieder erweiſen konnte und wollte, der begründete ſeine Eigenthumsklage allerdings durch dominium auctoris. War aber darüber die Uſucapionszeit zur Erfüllung gekommen, ſo übernahm der Vindicant mit dem Beweis des jenſeit derſelben liegenden dominii auctoris etwas für ſeinen Klagzweck über-

flüssiges, und hatte außerdem noch die römisch-civile Uebertragungsart und den status civilis des Erwerbers für jeden einzelnen Uebertragungsfall zu beweisen. Praktisch konnte diese Vindication daher nur da seyn, wo es an der kurzen Usucapionszeit noch fehlte. Schon in dem nothwendig weit häufigern Gebrauch der Usucapion für Vindicationsfälle im gewöhnlichen Verkehr sprach es sich aus, daß der absolute Grund der Eigenthumsklage, die veränderte Beziehung des Rechtsobjects (im röm. Recht die justa causa traditionis, bei derivativem Eigenthumerwerb), stets der wesentlichste blieb.

Dieses bestätigte noch deutlicher Publicius mit seiner prätorischen Eigenthumsklage und das »non a domino« in den Worten seines Edicts fr. 1. pr. Dig. de publiciana (6, 2) heißt so viel: »ich will ein Rechtsmittel geben für Eigenthumswandlungen, wie sie der natürliche Lauf der Dinge mit sich bringt; es kann hier von keinem Werth seyn, ob jemand von dem ursprünglichen Erwerber sein Eigenthum herleitet: die justa causa traditionis, die gerechte Entstehung seines Besitzes gewährt ihm auch die des Eigenthums.« Die hier im römischen Recht angenommene Fiction der vollendeten Usucapion ist eigentlich gerade das Umgekehrte einer Fiction, eine Aufhebung der in der Usucapion selbst liegenden 4), bezeichnet aber eben den lediglich civilen Gesichtspunct, von welchem die Römer jener Zeit selbst dann ausgingen, wenn sie das Recht nach natürlichen Principien bestimmen wollten.

Es darf hier nicht übersehen werden, daß die Kürze der altrömischen Usucapionszeit bei dem Bedingtseyn des Civileigenthumerwerbs durch jene, wofern man sein Eigenthum nicht vom auctor ableiten konnte, höchst wesentlich war, und

4) Das Gesetz rückte den Entstehungsmoment des Eigenthums an einer nur ex justa causa tradirten Sache mittelst einer wirklichen Fiction auf die Usucapionszeit hinaus.

die große Erweiterung der Uſucapionszeit durch Juſtinian, der dadurch das Recht milder machen wollte, den gänzlich veränderten Geſichtspunct des neueren römiſchen Rechts über das Eigenthum bewirkende Princip ſchon ſehr deutlich anzeigt.

Dieſe Veränderung nachzuweiſen, bedürfte es wohl keiner Beweisſtellen aus dem corpus juris: die römiſche Geſchichte ſelbſt ergiebt es ſchon, daß die Römer der Republik, wovon ſich in den erſten Zeiten hernach die Spuren freilich noch nicht ganz verwiſchen ließen, und die Unterthanen des römiſchen Kaiſerreichs auch in nationaler Bedeutung ganz verſchiedene waren, letztere daher als Weſenheit ihres Rechtszuſtandes Etwas nicht mit herübernehmen konnten, was nur in dem nationalen Leben der untergegangenen Römerzeit Sinn und Exiſtenz hatte. Für ein Phantom haben Cicero, Cato und Brutus nicht geblutet, und ſelbſt der Eintritt des Chriſtenthums mit dem römiſchen Kaiſerreich läßt das damalige Untergehen der größten und mit ihr faſt aller politiſchen Nationalität als den Wendepunct in der Geſchichte erkennen, mit welchem alle Gegenſtände des Wiſſens und Lebens, nun gleichſam für die Menſchheit, wo ſonſt für die Völker, an einen allgemeineren Maßſtab der Beurtheilung, anheimfallend der Philoſophie oder dem praktiſchen Verſtande der Zeit, gelegt wurden.

So erging es unter andern auch dem Eigenthumsrecht. Inſofern von dem noch geltenden römiſchen Recht das ſpätere dem früheren derogirt, könnte es für die juriſtiſche Unterſuchung gleichgültig ſeyn, ob unſer gegenwärtiger politiſcher und der durch ihn bedingte Rechtszuſtand in Anſehung ſeiner Richtung auf das allgemein Menſchliche oder auf das abgeſchloſſene Volksthümliche mit jenem der Römer Aehnlichkeit habe oder nicht. Doch ſey es mir erlaubt, die Parallele beider politiſchen Zuſtände, ſo weit ſie auf Rechtsbegriffe von Einfluß ſind, einen Augenblick feſtzuhalten, weil Bewunderer der klaſſiſchen römiſchen Juriſten den Rechtszuſtand

jener Zeit für den der unſrigen angemeſſenſten zu halten, und hiernach die Grenzen ihrer wiſſenſchaftlichen Forſchung [5]) abzuſtecken verſucht ſeyn könnten.

So wie Deutſchland ſich darin von jeher gleich geblieben iſt, daß es ein politiſch abgeſchloſſenes volksthümliches Daſeyn eigentlich niemals hatte, ſondern entweder, wie zu Hermanns Zeit und jetzt, ein Aggregat vieler größeren und kleineren Staaten umfaßt; oder — wie zur Zeit fränkiſcher und deutſch-römiſcher Herrſchaft — ſelbſt nur Theil eines größeren Reichs war, daß aber in den Völkern ſeiner Sprache eine Einheit des Geiſtes vorhanden iſt, welche ſich nicht blos in der gelehrten, ſondern auch in der Thatenwelt kräftig offenbart, und wie einſt Roms allmächtigen Beherrſcher, ſo in unſern Tagen einen Napoleon in der Fülle ſeiner weltbedrohenden Macht daniederwarf; — ſo iſt auch gewiß, daß Deutſchland, als der Mittelpunct der civiliſirten europäiſchen Welt, an allen Schickſalen und hiſtoriſchen Entwickelungen derſelben mehr oder minder unmittelbaren Antheil genommen hat, und, wenn es eben deswegen ſtets von fremder Sitte und fremdem Recht heimgeſucht wurde, den einzigen Gewinn ſo vieler wechſelnden Zuſtände darin fand, das Zeitgemäße ſich überall zuerſt daurend anzueignen, wodurch es denn eben auch der klaſſiſche Boden für die fortſchreitende Rechtsbildung in Europa geworden iſt. In dieſer durch Aneignung des Zeitgemäßen ſich friedlich ausſprechenden Kraft des deutſchen Genius, welche ſich mit der politiſchen Vereinzelung ſehr wohl verträgt, iſt für Gegenſtände juriſtiſcher Beurtheilung die größere Aehnlichkeit mit der ſpäteren Zeit der römiſchen Kaiſer zu erkennen, als mit jener des auf jedes Lebensverhältniß bezogenen altrömiſchen Nationalweſens, welches, ſobald es ſich in der ungeheuren Mannigfaltigkeit des römiſchen Herrſchaftscomplex verlor, der allgemeinen Philoſophie der Zeit ihren entſcheidenden Einfluß auf Bildung der Rechtsbegriffe eben ſo

5) Für unſer Thema, den Beweis der Vindication.

nicht verwehren konnte, wie solchen bei uns die geographischen Verhältnisse Deutschlands positiv beförderten.

Während wir hiervon in unserem Recht, z. B. für humaneres Verfahren gegen Verbrecher, für größere Offenheit und Verantwortlichkeit der Rechtspflege u. s. w., schon die erfreulichsten Erfahrungen haben, und von Seiten der Gesetzgebung für Bildung eines unserer Zeit angemessenern Rechtszustandes viel Treffliches gewirkt wird, behauptet in der Bearbeitung des bestehenden Rechts das historische Princip unläugbar das Uebergewicht; und wenn auch dies uns in die Nothwendigkeit versetzt, Einrichtungen und Gesetzen nachzuspüren, welche nur für ein längst begrabenes Alter der Menschheit den Hauch des Lebens hatten, so geschieht dieses nicht, um jene todten für uns Lebendige zu erwecken, sondern ins Klare zu setzen, was von dem jemals Bestandenen zur Geschichte geworden ist, oder noch gilt.

Der allgemeinere, man möchte sagen, antinationale Gesichtspunct, welcher in der Zeit des sinkenden Römerreichs, wo unser corpus juris Gesetz wurde, dessen Seele war, und in dem ungemessenen Stolz, eine Welt, Automaten gleich, in kaiserliche Bewegung zu setzen, sich officiell ausdrückte, ließ das strenge altrömische Eigenthumsrecht, jenes wohlberechnete Nationalinstitut, untergehen. Ein solches konnte ein Justinian unmöglich auch nur im Schatten noch dulden, der in const. »Deo auctore« de conf. Dig. § 7. sagt:

»omne jus omnisque potestas populi Romani in »Imperatoriam translata sunt potestatem.«

Das Eigenthum also, welches mehr war, als natürliches Gehören, als ein Wesentliches mit der Sache übertragen wurde, wo es außer der Absicht, sie auf den Andern eigenthümlich zu übertragen und der legalen Uebertragung selbst, noch auf ein drittes ankam, hat Justinian in dem nudum jus Quiritum oder dem Unterschied zwischen dominium

quiritarium und bonitarium aufgehoben durch const. un. Cod. de nudo jure Quiritum tollendo (VII, 25.):

> Imp. Justinianus A. Juliano P. P.
> Antiquae subtilitatis ludibrium per hanc decisionem expellentes, nullam esse differentiam patimur inter dominos, apud quos, vel nudum *ex jure Quiritum* nomen, vel tantum *in bonis* reperitur: quia nec hujusmodi volumus esse distinctionem, nec *jure Quiritum* nomen, quod nihil ab aenigmate discrepat, nec unquam videtur, nec in rebus apparet, sed vacuum est et superfluum verbum, per quod animi juvenum, qui ad primam legum veniunt audientiam, perterriti ex primis eorum cunabulis inutiles legis antiquae dispositiones accipiunt: sed sit plenissimus et legitimus quisque dominus, sive servi, sive aliarum rerum ad se pertinentium [6]).

Die ſtrenge rei vindicatio, welche ſich außer den Fällen der Uſucapion lediglich auf das unmittelbare Eigenthum eines originären Erwerbers ex jure gentium gründen, und deſſen Recht als auf ſeine Nachfolger übertragen darſtellen mußte, war eben das auf Verfolgung jenes altrömiſchen Eigenthums gerichtete Rechtsmittel, und mußte folglich mit ſeinem Object untergehen. Das »in bonis« oder prätoriſche Eigenthum hingegen war der Gegenſtand der publicianiſchen Klage. Die meiſt hiſtoriſchen Bedingungen des römiſchen Eigenthumer-

6) Ein ſchönes Zeugniß für die Jünglinge ſeiner Zeit! Wohl mochten ſie, erinnert an den Namen ihrer großen Vorfahren, erſchrecken, aber nicht vor dem nomen Quiritum, ſondern vor ſich ſelbſt, denen jener ein Räthſel geworden, daß der Geſetzgeber ein ſolches Denkmal der Entwürdigung ihnen zu ſetzen nicht erröthete. Laharpe ſagte von entarteten Vaterlandskindern: j'ignorais que trois siècles de servitude avaient avili les ames.

werbs hörten auf, die abſoluten, in der Natur der Sache gegründeten, traten in unmittelbare Geltung: volles bürgerliches Eigenthum wurde nun, was nur dominium bonitarium geweſen', und an die Stelle der alten rei vindicatio und actio publiciana trat eine actio in rem oder vindicatio, welche nur die Erforderniſſe zum nunmehrigen dominium civile zu erweiſen auferlegte.

Beweisgründe für dieſe Meinung ſind:

1) Die ſchon angeführte const. un. Cod. VII, 25.

2) Im Codex iſt wohl der rei vindicatio, nicht aber der actio publiciana ein beſonderer Titel gewidmet; ja es dürfte ſchwer ſeyn, den Namen der letztern nur irgendwo im Codex aufzuweiſen. Zwei Stellen c. 12. Cod. de rei vind. (III, 32.) und c. 6. Cod. quibus non objic. longi temp. praescr. (VII, 35.) reden zwar von einer vindicatio directa, und von »actione in rem directa vel qualibet alia dominium vindicando;« in beiden iſt es aber der postliminio reversus, welcher mit einer beliebigen Klage ſoll auftreten können, und es iſt dabei ſehr deutlich auf die ihm auch zu Statten kommende actio rescissoria hingewieſen; man hat alſo nicht nöthig, in Gegenſatz der vindicatio oder actio in rem directa gerade die publiciana für gemeint zu halten.

Wäre aber auch unter »actione qualibet alia« in const. 6. cit. die publicianiſche Klage mit verſtanden, ſo hieße es ja eben von ihr; »dominium vindicando,« wie von der actio in rem directa, und es könnte daraus viel eher die Gleichſtellung, als die Unterſcheidung beider Klagen dargethan werden.

3) Für dieſe Gleichſtellung läßt ſich gewiſſermaßen auch fr. 7. §. 8. Dig. de publiciana (VI, 2.) anführen:

»In hac actione *omnia eadem erunt*, quae et in »rei vindicatione diximus.«

Sollte dieſer Satz nicht ein emblema Triboniani ver-

rathen? Die Allgemeinheit, womit er hingeſtellt iſt, und das Futurum »erunt« dürfte ſonſt nicht leicht ohne Zwang zu erklären ſeyn. In Vorausſetzung der c. un. C. de nudo jure Quir. tollendo bekommt Alles ganz natürliche Deutung.

4) Die ſchon früher angedeutete beträchtliche Erweiterung der Uſucapionszeit durch Juſtinian in der mit const. un. C. VII, 25. wohl ziemlich gleichzeitigen c. un. Cod. de usucapione transformanda (VII, 31.). Dieſe const. beginnt ſogleich mit der Beziehung auf das jus Quiritum, welches Juſtinian aufgehoben habe, weßhalb auch die transformatio usucapionis erfolgen müſſe [7]).

Die Uſucapion verlor durch die Gleichſtellung des prätoriſchen und Civil-Eigenthums eine ihrer weſentlichen Beſtimmungen; es bedurfte der Friſt von einem oder zwei Jahren nicht mehr, um Etwas, das gehörig erworben war, als

---

7) Der Eingang der angeführten c. un. Cod. VII. 31. lautet:

Imp. Justinianus A. Joanni P. P.

Cum nostri animi vigilantia *ex jure Quiritum* nomen et substantiam sustulerit, et communes exceptiones in omni loco valeant: decem vel viginti vel triginta annorum, vel si quae sunt aliae majoris aevi continentes prolixitatem: satis inutile est usucapionem in Italicis quidem soli rebus admittere, in provincialibus autem recludere. Sed et si quis res alienas, Italicas tamen, bona fide possidebat per biennium, miseri rerum domini excludebantur: et nullus eis ad eas reservabatur regressus: quae et nescientibus dominis procedebant, quo nihil inhumanius erat, si homo absens et nesciens tam angusto tempore suis cadebat possessionibus. Ideo per praesentem Legem, et in Italicis soli rebus, quae immobiles sunt, vel esse intelliguntur, sicut annalem exceptionem, ita et usucapionem transformandam esse censemus, ut tantummodo et his decem vel viginti vel triginta annorum, et aliarum exceptionum tempora currant, hujusmodi angustiis penitus semotis, etc.

Civileigenthümer zu haben; die Fiction, welche Publicius durch seine Gegenfiction hatte unschädlich machen müssen, fiel selbst, und nun mußte freilich die ein- oder zweijährige Usucapion, als Präscription für des Gegners Recht, dem Justinian zu eng vorkommen; er, der jedem leichter zu seinem Eigenthum verhelfen wollte, erweiterte die Usucapion oder nunmehrige Präscription auf drei, zehn oder zwanzig Jahre. Hätte er von derselben für die meisten Fälle erst den Erwerb des vollen Eigenthums abhängig machen, und publicianischen Besitz nicht für dominium civile gelten lassen wollen, so würde durch seine transformatio usucapionis eine weit größere Schwierigkeit Eigenthum zu erwerben, und Unsicherheit desselben in den Fällen des gewöhnlichsten Verkehrs herbeigeführt seyn.

5) Viele Stellen des Codex, die ausdrücklich zum Eigenthumserwerb im Allgemeinen nur die Tradition erfordern, welche eine Sache ernstlich auf den Andern, als nunmehrigen Eigenthümer, übertrage; so cc. 12. 15. 24. Cod. de rei vind. (III, 32.) c. 20. Cod. de pactis (II, 3.) cc. 1. 2. 8. Cod. siquis alteri vel sibi etc. (IV, 50.) cc. 4. 12. Cod. de probat. IV, 19.).

Die erste dieser Stellen sagt:

»Incivile atque inusitatum est, quod postulas, ut »mancipium, quod tradidisti et eo modo domi»nium ejus transtulisti, invito eo, ex nostro re»scripto tibi assignetur.«

Schon in der Fassung »tradidisti et eo modo dominium ejus transtulisti« zeigt sich, daß in dem »transferre« hier nicht die wesentliche Begründung des Eigenthums gesucht wird.

Auch c. 24. Cod. de rei vind.:

»Nullo justo titulo praecedente possidentes ratio »juris quaerere dominium prohibet. Idcirco cum »etiam usucapio cesset, intentio dominii nunquam

»absumitur. Unde hoc casu postliminio reverso »citra beneficium actionis rescissoriae directa per»manet integra vindicatio.«

bindet den Eigenthumserwerb im Allgemeinen an die nämlichen Bedingungen und keine mehr, als welche der Prätor zur Begründung der publicianischen Klage in fr. 1. §. 2. bis fr. 3. §. 1. Dig. de publiciana voraussetzt: »qui justam causam traditionis habet, utitur publiciana.«

Daß justus titulus possessionis praecedens mit der justa causa traditionis zusammenfällt, versteht sich von selbst. Man könnte aber den Sinn in die Stelle legen: daß »quaerere dominium« hier nicht auf ein vergangenes Erworbenhaben, sondern auf ein zukünftiges Erwerben sich beziehe, und dieses zwar durch Usucapion. Dagegen ist zu bemerken

a) Der Vordersatz der Stelle bis »prohibet« ist ganz allgemein und in sich abgeschlossen. Wollte man das »*quaerere*« hier nur auf zukünftige Möglichkeit des Erwerbs und nicht vielmehr auf das bloße factum des Besitzes ohne vorausgehenden gerechten Titel, beziehen, so würde das Verbot herauskommen, wonach Jemand, der einmal eine Sache ohne gerechten Titel besessen, solche nie, auch auf die legalste Art nicht, zum Eigenthum erwerben könnte, und so ein Verbot sollte in der ratio juris liegen?

b) Wenn das »quaerere dominium« insbesondere nur auf die nachher vorkommende usucapio gehen sollte, so dürfte es nicht erst heißen: »quaerere dominium,« und dann: »Idcirco cum *etiam* usucapio cesset,« sondern die Stelle müßte umgekehrt etwa lauten: Nullo justo tit. praec. possidentes ratio juris usucapere prohibet; idcirco cum dominium quaeri non possit, intentio ejus, qui postliminio reversus, — nunquam absumitur. So, wie die const. 24. dasteht, ist blos davon die Rede, daß der gerechte Titel zur Usucapion so wesentlich sey, wie zum Erwerb des Eigenthums, daß also gegen den postliminio reversus

als Evincent die Usucapion da nicht excipirt werden könne, wo es am gerechten Titel fehlte, der übrigens an sich die Qualification zum Eigenthumserwerb enthalte. Warum in dem Falle Einer, der justo titulo praecedente besaß, die Usucapion zuweilen auch noch nöthig haben kann, wird sich bei der Beurtheilung der Fälle ergeben, wo man a malae fidei possessore erworben hat.

Die von Thibaut schon angeführte c. 12. Cod. de probat. (IV, 19.) hat zwar Unterholzner (im Archiv f. d. civ. Pr. B. VII. H. II. No. XIII.), als hierher nicht gehörig, angefochten, und will sie nur auf die Zulässigkeit aller Beweismittel bezogen wissen. Allein die Stelle redet nicht insbesondere von den Beweisarten, sondern vom Beweissatz selbst, da es im Eingang heißt:

»Cum res non instrumentis gerantur, sed in haec »rei gestae testimonium conferatur,«

also, wenn es sich von dem Geschäft, als einem vergangenen handelt, dessen ursprüngliche Entstehung nicht unmittelbar durch gleichzeitig aufgenommene Urkunden dargethan werden kann, und nun über jenes Vergangene Zeugniß in einem Document niedergelegt werden soll, da steht es dem Vindicanten frei, den Kauf, die Tradition und die Zahlung des Preises auf jede sonst rechtmäßige Art darzuthun. Man kann hier für den Kauffall gewiß Vollständigkeit des dem Vindicanten obliegenden Beweissatzes erwarten, und es läßt sich auch nach dem Inhalt der c. 4. ej. tit. annehmen, daß von der Vindication die Rede sei.

6) Viele Stellen des Codex reden geradezu da von Erwerbung des Eigenthums, wo im Pandectenrecht nur Civilbesitz, conditio usucapiendi erworben wurde, unter andern c. 15. Cod. de rei vind., c. 11. Cod. de act. emt. vend. (IV, 49.) c. 1. 2. 8. Cod. si quis alteri vel sibi etc. (IV, 50.), und umgekehrt nennen c. 2. Cod. de probationibus (IV, 19.) c. 8. §. 2. Cod. de praescr. XXX vel XL. ann. (VII, 39.) die Eigenthümer possessores.

Daß aber Eigenthum durch die gewöhnlichen Wandlungen des übertragenen Beſitzes ohne hinzukommende Uſucapion erworben wird, dieſe jedoch dazu dienen kann, es gegen Beunruhigungen zu ſchützen, beweiſt am klarſten const. 1. Cod. de praescr. longi temporis (VII, 33.):

„Cum post notam et omissam quaestionem res ad *nova dominia* bona fide transierint, et exinde novi viginti anni intercesserint sine interpellatione, non est inquietanda, quae nunc possidet, persona.“

Nicht »nova dominia«, ſondern »res *ad nova dominia* transierint« heißt es, und wozu hätte eine Uſucapion noch beſonderes Schutzmittel ſeyn mögen, wenn dieſe nova dominia als das übertragene Recht des urſprünglichen Eigenthümers nachgewieſen werden konnten? Ueberhaupt hätte da von „dominia“ nicht, ſondern nur von „dominium“ die Rede ſeyn können.

7) Thibaut hat den Beweis der Eigenthumsklage zu vereinfachen geſucht, indem er aus c. 4. und 12. Cod. de probationibus, worin das Eigenthum des auctor nicht ſpeciell erwähnt wird, eine Rechtsvermuthung dafür, bei übrigens hergeſtelltem Beweis des rechtmäßigen Erwerbs, ableiten will. Abgeſehen davon, daß Thibaut hier noch immer von dem für unſre Frage nichts entſcheidenden Philoſophem des fr. 20. pr. D. de adq. rer. dom. (XLI, 1.) nicht loskommen kann, läßt ſich Folgendes gegen ſeine Anſicht einwenden:

a) Rechtsvermuthungen, welche unter gewiſſen thatſächlichen Vorausſetzungen kraft Geſetzes Etwas für wahr oder erwieſen annehmen, was außerdem unmittelbar noch hätte dargethan werden müſſen, können ihr Daſein nur durch ein poſitives Hinweiſen der Geſetze auf das Fürwahrhalten des vermutheten Umſtandes unter den beſtimmten Vorausſetzungen beurkunden. Die c. 12. Cod. de prob. enthält aber eine ſolche Hinweiſung auf das dominium auctoris ſo wenig, als dieſe Vermuthung ſonſt irgendwo im römiſchen Recht

Begründung findet. Aus dem Schweigen der c. 12. über das dominium auctoris es zu vermuthen, dürfte bei dieſem wichtigſten aller Rechte über Mein und Dein ſehr mißlich ſeyn; das römiſche Recht, welches zur Begründung der publicianiſchen Klage ſich zu einer Fiction zu bekennen kein Bedenken trug, würde ſich in dieſem ganz ähnlichen Falle gewiß auch zu der fraglichen Präſumtion bekannt haben. Will man aber aus der Zuläſſigkeit jener Fiction auf die der Rechtsvermuthung folgern, ſo läßt ſich erinnern, daß eben die Fiction bei der publicianiſchen Klage eigentlich nur eine Aufhebung der andern Fiction war, welche, um durch Uſucapion civiles Eigenthum zu begründen, den Erwerbungsmoment deſſelben auf ein oder zwei Jahre hinausrückte.

b) Die Natur der Sache und das römiſche Recht enthalten vielmehr Gründe gegen die Rechtsvermuthung für das Eigenthum des auctor. α) Bei der auf dem dominio auctoris beruhenden Vindication iſt jenes natürlich die Hauptſache im Klagvortrag, die Bedingung alles Klagrechts, wie bei einer Forderung ex cessione die Exiſtenz des urſprünglichen Schuldverhältniſſes ſelbſt; die Uebertragung jenes Hauptrechts auf den Petent iſt zur Geltendmachung deſſelben an ſich nicht weſentlich, ſondern nur relativ für gerade dieſen Kläger Gegenſtand des Beweiſes (Legitimation zur Sache). Wie kann aber aus blos zufälligen Merkmalen einer Thatſache ſchlechthin auf deren Weſenheit geſchloſſen, mit jenen dieſe für vorhanden angenommen werden? β) Die Rechtsvermuthung für das Eigenthum des auctor ſtellt dieſes als bewieſen dar, und fordert vom Andern den Beweis des Gegentheils. Das Gegentheil hiervon dürften ſchon c. 28. Cod. de rei vind. und c. 16. Cod. de probationibus beweiſen. Wendet man aber den Satz auf die Fälle an, wo Jemand ſein Eigenthum von dem dritten Erwerber im guten Glauben, welcher die Sache von einem non dominus, d. h. vom malae fid. possessor mittelſt gerechten Titels erhalten hatte, nach tit. Cod. de rebus alienis non alie-

nandis vindicirt, ſo ſtünde da dem Kläger gegen den Contravindicant vornweg des Letztern praesumtio dominii ex justo titulo entgegen, und wenn er dieſe nun auch durch ſeinen Beweis aufhöbe, noch immer der gerecht titulirte Beſitz, er würde alſo nie Etwas ausrichten können.

c) Die von Thibaut als Unterſcheidungsmerkmal zwiſchen der Vindication und der publicianiſchen Klage angegebene Schutzbehauptung des Vindicationsbeklagten: „tu non a domino adquisivisti“ könnte dem Vindicanten nur in dem Falle opponirt werden, wenn er nicht aus ſeinem, ſondern aus dem Eigenthum des auctor klagte (was bekanntlich auch nach Pandectenrecht bei der Leichtigkeit, durch Uſucapion Eigenthum zu erwerben, der ſeltnere Fall ſeyn mußte), und wäre hier weiter nichts als Ableugnung eines ſpeciellen Klaggrundes. Wenn nun auch dieſe und der ihr entſprechende directe Gegenbeweis zu den Vertheidigungsmitteln des Beklagten gehört, ſo ſind doch ſolche zu allgemein, und ihr Gegenſtand läßt eine viel zu große Mannigfaltigkeit zu, um als wiſſenſchaftliches Criterium zweier Klagen in thesi, wie der Vindication und der publicianiſchen Klage aufgeſtellt zu werden. Es iſt mit dieſem Unterſcheidungsmerkmal zu viel bewieſen, da das nämliche auch die Vindication von ſich ſelbſt unterſcheiden würde; denn auch ihr, ſofern ſie auf andern Gründen beruhte, als dem dominium auctoris, z. B. auf Uſucapion, oder originärem Erwerb ex jure gentium, könnte die Einrede „tu non a domino adquisivisti“ nicht entgegengeſetzt werden.

Ich komme zur Betrachtung der Gründe, welche meiner Anſicht der im neurömiſchen Recht mit der publiciana verſchmolzenen Vindication zu widerſtreiten ſcheinen.

A) Die abgeſonderte Erwähnung der publicianiſchen Klage in Inst. IV, 6. §. 4.

Das Inſtitutionencompendium wurde am 21. Nov. 533, der Codex repetitae praelectionis aber erſt unter'm 16. Nov. 534 als Geſetz publicirt, wenn man den Daten der

vorgesetzten kaiserlichen Constitution trauen darf. Da nun die Digesten auch unter'm 16. Dec. 533 promulgirt wurden, so sind diese ziemlich zugleich mit den Institutionen in volle gesetzliche Wirkung getreten. Wer kennt aber nicht die vielen Abänderungen des Pandectenrechts im Codex, der doch auch nach der Regel: »lex posterior derogat anteriori« denselben Einfluß auf die Institutionen ausüben muß?

Die Institutionenstelle mag also wohl in dem Sinne so stehen geblieben seyn, wie Inst. II, 10. §. 1. sagt: »ut nihil antiquitatis penitus ignoretur«, und es war hier immer nöthig, von der publiciana das Nöthige zu wissen, da sie die Grundlage der neuen Civilvindication wurde.

B) Man könnte folgern: ist das publicianische Eigenthum, welches durch die Fiction der Usucapion möglich wurde, Civileigenthum geworden, ohne daß es zu diesem für die meisten Fälle derivativen Erwerbsgrund der vollendeten Usucapion bedarf, so hat die Usucapion ihren praktischen Werth verloren, und müßte mit dem nudum jus Quiritum auch aufgehoben seyn; gleichwohl ist sie das nicht; die const. un. Cod. de usucap. transformanda gab ihr, gleichzeitig mit Aufhebung des nudum jus Quiritum, zwar abgeänderte Bestimmungen, aber neue gesetzliche Geltung.

Eben in den abgeänderten Bestimmungen der Usucapion, welche sie mehr als Extinctivverjährung für das entgegenstehende Recht betrachten, liegt die nunmehrige Wichtigkeit derselben. Ungerechnet, daß sie unter gewissen Bestimmungen zum alleinigen Erwerbtitel wird, so ist sie das Mittel, eine Gränze festzustellen gegen die Evictionen der vom possessor m. f. erworbenen Sachen (ex vitio possessionis vel dominii; cf. tit. Cod. de reb. al. non. alien.). Was es mit diesen Evictionen für eine Bewandniß hat, wird nachher noch näher erörtert werden. Die neurömische Usucapion gewährt übrigens kein durch Klage zu verfolgendes Rechtsmittel, sondern ein Rechtsschutzmittel; nicht dem Angreifer als solchem, sondern dem Angegriffenen einen Rechtsvortheil

(praerogationem juris, firmitatem dominii non inquietandam, c. 1. Cod. de comm. rer. al. IV, 52. c. 1. Cod. de praescr. long. temp. VII, 33.).

C) Ich komme nun zu dem Satz, der den diabolischen Beweis der Eigenthumsklage vorzugsweise zu verantworten hat, »daß Niemand Eigenthum auf einen Andern übertragen »kann, der es nicht selbst hat,« und es verdient bemerkt zu werden, daß jener Satz, für welchen man sich gewöhnlich auf fr. 20. pr. Dig. de adq. rer. dom. (XLI, 1.) bezieht, auch in const. 14. Cod. de donationibus (VIII, 54.) Bestätigung findet. Auch scheint nichts mehr paradox seyn zu können, als wenn man sagt: wo des Prätors Edict einst bestimmte: »siquis id quod traditur ex justa causa *non a domino*, et nondum usucaptum petet, judicium dabo«, da soll jetzt der Grund der Eigenthumsklage zu suchen seyn!

Allein man kann den Satz des fr. 20. pr. D. de adq. rer. dom. und der c. 14. Cod. de don. recht gut zugeben, wenn man nur den Unterschied zwischen Uebertragung und Erwerb des Eigenthums gehörig festhält. Man kann Eigenthum, sogar derivativ, erwerben, ohne daß gerade das Eigenthumsrecht transferirt ist; die Sache wird auf den Andern übertragen, und sein Recht daran durch die gesetzmäßige Art des Erwerbs zum Eigenthum constituirt. Auch die Römer verstatteten vermöge ihrer ein- und zweijährigen Usucapion einen derivativen Eigenthumerwerb, welcher sich im Begriff durchaus nicht auf ein dominium auctoris gründete, und sie erkannten ausdrücklich an, daß Jemand, der selbst Eigenthum nicht habe, solches, wenn auch nicht auf einen Andern übertragen, doch ihm verschaffen könne. In demselben tit. Dig. XLI, 1., wo die bekannte l. 20. vorkommt, sagt derselbe Ulpian in fr. 46. D. eod.:

»Non est novum, ut qui dominium non habeat, alii dominium praebeat; nam et creditor, pignus

vendendo, causam dominii praestat, quam ipse non habuit.«

Was das publicianiſche Edict betrifft, ſo faßte der Prätor in den Worten deſſelben gerade im Gegenſatz der dama*ligen* Vindication, und mit poſitiver Nichtſetzung der Fälle, wo man ſich dieſer bedienen konnte (non a domino et nondum usucaptum) den Fall ſcharf in's Auge, wofür er ſeine actio honoraria ſchuf. Das »id quod traditur non a domino« drückt namentlich die Nichtſetzung des Falles aus, wo das römiſche Eigenthum vom römiſchen dominus auf einen Andern wirklich übertragen wurde. Eine ſolche Uebertragung des ſtreng römiſchen oder quiritariſchen Eigenthums im Gegenſatz des prätoriſchen erkannte *Juſtinian* vermöge ſeiner c. un. de nudo jure Quiritum tollendo nicht mehr an. Wo alſo die poſitiven Requiſite der auf das ſonſt prätoriſche Eigenthum gerichteten publicianiſchen Klage, welche in fr. 3. §. 1. Dig. de publiciana (VI, 2.) ganz einfach ſo bezeichnet ſind: »qui justam causam traditionis »habet, utitur publiciana,« vorliegen, iſt es immer wahr, daß eine zum Eigenthum tradirte Sache non a domino, d. h. nicht von einem ſolchen herzurühren braucht, der die Eigenſchaften eines dominus des altrömiſchen Rechts in ſich vereinigt.

D) Die Begründung des Eigenthumsanſpruchs durch das von einem Andern übertragene Recht, oder die Allgemeinheit des fr. 20. pr. D. XLI, 1. für Beurtheilung des derivativen Eigenthumserwerbs ſcheint ſich noch beſonders durch die vielen Codexſtellen zu bewahrheiten, welche Demjenigen, deſſen Sache von einem possessor malae fidei veräußert wurde, ohne Weiteres die Vindication gegen den dritten Erwerber, wenn dieſer auch in gutem Glauben war, zuſprechen; ſo cc. 3. 4. Cod. de rei vind. (III, 32.) cc. 5. 6. Cod. si quis alteri vel sibi (IV, 50.), tot. tit. Cod. de rebus alienis non alienandis (IV, 51.).

Der in dieſen Stellen ausgeſprochene Schutz wohlbegründeten Eigenthums gegen Veräußerungen von Seiten Solcher, welche kein Recht auf die veräußerte Sache hatten, liegt allerdings in der Natur der Sache, aber er ſteht auch dem blos auf ſeinen gerechten Titel geſtützten Eigenthum gegen eine ſpätere im böſen Glauben geſchehene Veräußerung zur Seite.

cc. 2. 5. 8. Cod. si quis alt. vel sibi (IV, 50.) vergl. mit fr. 17. Dig. de publiciana in rem act. (VI, 2.).

Die Veräußerungen im böſen Glauben ſind es, welche durch tit. Cod. de reb. al. non alienandis und die mit ihm correſpondirenden Conſtitutionen angegriffen, und für den früheren Eigenthümer unſchädlich gemacht werden ſollen. Ueberall iſt dieſer frühere Eigenthümer als Derjenige herausgehoben, welchem die Vindication zuſtehen, die Veräußerung eines Unbefugten nicht ſchaden ſoll; es heißt z. B.: »nihil tibi auferre potuit« in c. 4. Cod. IV, 51. und c. 6. eod. ſagt ſehr bezeichnend:

»Nemo res ad te pertinentes, non obligatas sibi, nec ex officio vendendi potestatem habens, distrahendo quioquam tibi nocere potuit.«

Durch die Gleichſtellung des quiritariſchen und bonitariſchen Sachenrechts mußte das neue Civileigenthum ſehr viel verwandter werden mit dem Civilbeſitz; beide haben dieſelben Erforderniſſe zum Erwerb, und ſie unterſcheiden ſich zum Behuf der gerichtlichen Geltendmachung nur dadurch, daß dem Beſitz die Interdicte eigenthümlich ſind, das Eigenthum aber andern rechtlichen Mängeln unterworfen iſt, als der Beſitz.

So wie es nämlich geſetzlich beſtimmte Verhältniſſe gibt, welche den Beſitz, oder auch z. B. ein teſtamentariſches Erbrecht, als rechtlich fehlerhaft darſtellen, und bewirken, daß dasjenige Rechtsſubject, deſſen Anſpruch durch den des Beſitzers oder teſtamentariſchen Erben ohne den rechtlichen

Fehler aufgehoben seyn würde, im Genusse seines Rechts bleibt, oder wieder dazu gelangt, so sind auch bei dem gesetzlich erweiterten Begriff des Eigenthums solche Verhältnisse nicht nur denkbar, sondern wirklich in den Gesetzen aufgestellt. Es ist eben die Veräußerung im bösen Glauben (alienatio rei alienae) ein solcher gesetzlicher Fehler, und dieser hat die andere Eigenschaft mit den zu den actiones in rem scriptae geeigneten Fällen wegen der Möglichkeit des schnellen Sachverkehrs gemein, daß er sich im Sinne des römischen Rechts eben so als ideeller Fehler an die Sache heftet (quam habere non licet) und Gewährleistung begründet, wie die reellen Fehler im ädilitischen Edict. Dafür zeugt auch die Nachbarschaft der Titel in den Pandecten de aedilitio edicto und de evictionibus, daß eine fremde Sache ein rechtliches vitium an sich trägt, und im Allgemeinen immer nach Analogie der res furtivae beurtheilt wird. Ganz deutlich sagen dies c. 11. Cod. de adquir et retin. possessione (VII, 32.) und c. 7. Cod usucapione pro emtore (VII, 26.); ingleichen cc. 1. 5. 6. Cod. eod., c. 2. Cod. de usucapione pro donato (VII, 27.) c. 7. Cod. de adq. et ret. poss., authent. »malae fidei possessore« Cod. de praescriptione longi temporis (VII, 33.). Mehrere dieser Stellen scheinen unter sich wegen der Usucapionsfähigkeit »rerum vitio adquisitarum« im Widerspruch zu stehen. Die cc. 1. 2. 5. 6. 7. Cod. VII, 26. und c. 2. Cod. VII, 27. wollen die Usucapion einer m. f. veräußerten Sache nicht eher zulassen, bis sie inzwischen an den wahren Eigenthümer zurückgekehrt sei; c. 4. Cod. VII, 26. c. 1. Cod. VII, 27. c. 1. Cod. VII, 33. und viele andere Stellen gestatten dem Erwerber im guten Glauben allgemeinhin die Usucapion.

Die auth. »malae fid. possessore Cod. VII, 33. beseitigt diese Antinomie durch die Unterscheidung, ob der nachherige Evincent von seinem Recht und von der Veräußerung seiner Sache unterrichtet gewesen sei, oder nicht; im

letzteren Falle soll den Besitzer nur die dreißigjährige, außerdem die gewöhnliche Verjährung schützen. Der Beweis dieser Wissenschaft wird demjenigen anheimfallen, der die Verjährung für sich behauptet.

Das durch den hergestellten Beweis einer Derivation vom Besitzer im bösen Glauben vitiirte Eigenthum tritt in die Kategorie der in der Regel des fr. 17. Dig. de publiciana und der c. 15. de R. V. bezeichneten Fälle, »ut is, cui priori tradita est, potius rem habeat", oder: »eum, cui priori traditum est, in detinendo dominio esse potiorem." Dieses in Beziehung auf den früheren Eigenthümer schwächere Recht verwandelt sich im Erfolg durch den Rechtssieg des Evincenten natürlich in bloßen gehabten Civilbesitz. Auch der Testamentserbe, der durch eine hereditatis petitio qualificata verdrängt wird, befindet sich in diesem Verhältniß.

Durch besondere rechtliche Prärogativen, wie die Verjährung und das jus fisci gewährt, convalescirt auch das fehlerhafte Eigenthum;

cc. 1. 2. Cod. de comm. rer. alien. (IV, 52.);

und es zeugt der Ausdruck »usucapionis praerogativa" in c. 1. cit. dafür, daß die Usucapion den Besitzer nicht erst zum Eigenthümer machen, sondern diesem einen Rechtsschutz gegen Evictionen gewähren soll.

E) Die c. 1. Cod. de donationibus (VIII, 54.):

> »Emtionem mancipiorum instrumentis donatis et traditis et ipsorum mancipiorum donationem et traditionem fáctam intelligis, et ideo potes adversus donatorem in rem actionem exercere",

scheint für die Vindication den Beweis vom Eigenthum des Vorgängers zu erfordern; allein

1) den Kaisern war hier ein specieller Fall zur Entscheidung gegeben, wo ein Requisit mehr, als nöthig, leicht vorliegen konnte;

2) es war die Frage, ob der Donatar die actio in rem gegen den Schenker anſtellen könne; hier waren zum Beweis des animus donandi ſo wie der Tradition die dem Donatar überlaſſenen Kaufurkunden des Schenkers ſehr dienlich;

3) auf den Erwerbtitel des Vorgängers als ſolchen, — hier auf den Kauf — konnte kein Eigenthumsanſpruch gegründet werden, ſondern entweder auf den eigenen richtigen Titel, oder — nach der Pandectenlehre — auf dominium auctoris (d. h. originären Eigenthumerwerb ex jure gentium), oder Uſucapion. Daß der antecessor in dominio gerade der auctor geweſen ſei, davon enthält die const. cit. nichts, ſondern vielmehr das Gegentheil, daß er es nicht geweſen ſeyn könnte, weil er die mancipia ſelbſt durch Kauf erworben hatte; da nun auch die Stelle von Uſucapion, wodurch der Schenker Eigenthümer geworden, nichts erwähnt, und nach dem unter No. 2. angedeuteten Grunde die Urſachen gar nicht verſteckt liegen, warum in dem Fall der c. 1. auf die Kaufurkunden des Schenkers etwas ankam, ſo dient eben dieſe Stelle zum Beweis, daß der ſimple gerechte Titel und die Tradition bei derivativem Erwerb in der Regel zur Eigenthumsklage die vollſtändige Qualification enthalten.

F) Der Käufer erwirbt das Eigenthum in der Regel erſt mit der Bezahlung des Preiſes; doch ſoll fr. 8. Dig. de publiciana für die Zuſtändigkeit der publicianiſchen Klage dieſe Bedingung aufheben. Wenn nun c. 12. Cod. de probat. die Zahlung des Kaufpreiſes mit zum Beweisſatz der Vindication rechnet, ſo ſcheint es, dieſe könne mit der actio publiciana der Pandecten nicht zuſammenfallen.

Offenbar unter Rückbeziehung auf die Worte des Edicts in fr. 1. pr. Dig. VI, 2. ſagt im fr. 8. eod. Gajus lib. 7. ad edict. provinc.:

»De pretio vero soluto nihil exprimitur. Unde potest conjectura capi, quasi nec sententia Practoris ea sit, ut requiratur, an solutum sit pretium.«

Kann es eine weniger entscheidende Stelle geben! »Aus dem Stillschweigen des Edicts über die Eigenthümlichkeit der actio in rem bei einem einzelnen Erwerbtitel könnte allenfalls die Vermuthung gefaßt werden, es sei diese Eigenthümlichkeit zur publicianischen Klage eben nicht erforderlich.« Die Worte des Edicts führen gar keinen Erwerbtitel namentlich auf, wie konnte die Besonderheit eines einzelnen erwähnt werden? Die Exposition des Juristen in fr. 1. §. 2. fr. 2. und fr. 3. pr. Dig. VI, 2. befaßt sich gerade damit, zu zeigen, daß nicht Alles, was das Edict ausdrücklich nicht nennt, davon ausgeschlossen sei. Dieses Raisonnement zeugt eben so sehr gegen die Annahme der Conjectur im fr. 8. eod. wie die allgemeine Regel in fr. 7. §. 8. h. t.

Der Kauf bewirkte nach Pandektenrecht an und für sich kein Eigenthum für den Käufer, so wenig als die hinzukommende Tradition, sondern nur publicianischen Besitz, conditionem usucapiendi; auch die Stellung des Pandektentitels »pro emtore« nach dem »de usucapionibus« beweist dieses. Da der Erwerb des Eigenthums beim Kauf nun einmal durch die Zahlung des Preises oder die Creditgabe bedingt war, so konnte auch die Usucapion nicht ohne jene zu laufen anfangen; sonst würde nach Ablauf der Usucapionszeit dem Anfall des Eigenthumsrechts noch immer das nämliche Hinderniß entgegenstehen. Es bedarf keiner weiteren Ausführung, daß conditio usucapiendi und publicianischer Besitz wesentlich Eins waren, und daß daher das fr. 8. Dig. VI, 2. sich wenigstes eben so gut für nicht ernstlich erklären läßt, wie Savigny [8]) vom fr. 30. §. 2. Dig. de adquir. vel amitt. poss. (XLI, 2.) hinsichtlich einer von Paulus ohne weiteren Zusatz referirten Meinung des Labeo behauptet.

Die zum Eigenthumerwerb beim Kauf erforderte Zahlung des Preises oder Creditgabe veranlaßt übrigens besondere Betrachtungen, wenn man findet, wie mehrere Stellen,

8) Recht des Besitzes, 3. Aufl. §. 23. pag. 281 in der Note.

z. B. c. 12. Cod. de rei vind., fr 41. §. 1. Dig. h. t. und noch andere vom Eigenthumerwerb des Käufers reden, ohne die Zahlung des Preises zur Bedingung zu machen, vielmehr das größte Gewicht auf die Tradition legen. In Inst. II, 1. §. 41., wo jenes Zahlungserforderniß hauptsächlich vorkommt, heißt es:

„Res venditae et traditae non aliter emtori adquiruntur, quam si is venditori pretium solverit; — — — sed si is, qui vendidit, fidem emtoris sequutus fuerit, dicendum est, statim rem emtoris fieri.“

Nun kann man in der Regel annehmen, daß der Verkäufer, welcher ohne Weiteres die verkaufte Sache tradirt, schon hierdurch selbst hinsichtlich des zu erhaltenden Preises auf Treue und Glauben handelt. Da ihm auch frei stünde, die Sache nur gegen augenblickliche Zahlung herauszugeben [9]), so soll ihn die gesetzliche reservatio dominii wohl nur für den Fall sicher stellen, wo der Käufer zur Vollziehung des Geschäfts keine Anstalt macht, und der Verkäufer sich genöthigt sieht, durch die Uebergabe der Sache seine Kaufklage zu realisiren. Eine solche Uebergabe kann und wird aber der Verkäufer deutlich genug mit Erklärungen oder Handlungen begleiten, welche die Creditgabe ausschließen. Wenn daher die Uebergabe ohne Vorbehalt und Anforderung des Preises, oder ganz stillschweigend bewirkt wird, so dürfte man darin um so eher die habita fides finden, da aller Handel auf Treu und Glauben beruht, und wir alle Tage vor der Bezahlung die Uebergabe der Sache sehen, wo sich die Absicht, die Sache zum Eigenthum zu übertragen, stets von selbst versteht.

Dem römischen Recht sind solche stillschweigende, durch andere Handlungen zu erkennen gegebene Willenserklärungen gar nicht fremd, und es wird z. B. selbst die Tradition aus

9) Fr. 13. §. 8. D. de act. emt. vend. (XIX. 1.)

der erklärten Zurückbehaltung eines Nießbrauchs an der veräußerten Sache gefolgert;

c. 28. Cod. de donat. (VIII, 54.) c. 35. §. 5. eod.;

warum soll man nicht aus der Tradition auf die habita fides schließen, wo sie sich wirklich concludent darin ausspricht?

Entgegen steht nicht, daß es in der angezogenen Institutionenstelle II, 1. §. 41. selbst heißt:

»res venditae *et traditae* non aliter emtori adquiruntur« etc.

Denn nicht in der Tradition an sich soll die Creditgabe liegen, sondern in der ohne Weiteres vor Zahlung des Preises, also mit der Absicht eigenthümlicher Uebertragung bewirkten Tradition. Wenn daher der Vindicant in seinem Klagvortrag sagt: »Cajus verkaufte mir diese Sache, und »hat sie mir zum Eigenthum«, oder »ohne Vorbehalt und Anforderung des Preises«, oder »stillschweigend«, oder »ohne »Weiteres übergeben;« so kann ihm außer dieser so beschaffenen Tradition nicht auch noch der Beweis der Zahlung oder ausdrücklichen Creditgabe angemuthet werden.

Das römische Recht scheint diese Ansicht schon anzuerkennen, indem es das Eigenthum mit der Tradition für übertragen annimmt, wofern solche nicht bittweise geschah; vergl. fr. 13. §. 21. Dig. de act. emti et venditi (XIX, 1.), fr. 2. §. 3. Dig. pro emtore (XLI, 4.) c. 3. Cod. de pactis inter emt. ac vend. (IV, 54.).

Noch entschiedener hat aber die Praxis durch pacta reservati dominii und reservatae hypothecae die in der stillschweigenden Tradition liegende fides bestätigt. Jenes, das pactum reservati dominii, scheint sich besonders auf c. 1. Cod. de pact. int. emt. et vend. zu gründen, und dann hätte es sogar gesetzliche Basis. Wozu aber eine vertragsmäßige reservatio dominii, wenn sie dem Verkäufer ipso jure immer zustand? Es liegt darin ein deutliches Anerkenntniß, daß das Zurückbleiben des Eigenthums bei tradir-

ter Sache ſich nicht überall von ſelbſt verſteht, ſondern der Verkäufer dieſe geſetzliche Wohlthat eben ſo ausdrücklich oder concludent für ſich reclamiren muß, wie der creditor die mora ſeines Schuldners durch Interpellation erſt zur Exiſtenz bringt. Die Regel: »interpretatio fieri debet contra eum, qui clarius loqui debuisset«, trifft hier zunächſt den Verkäufer. Daß aber die reservatio dominii, wie behauptet wird, eine Reſolutivbedingung ſei, dagegen ſtreitet ſchon der Begriff einer Reſervation; man kann ſie eher unter die Proteſtationen rechnen, als zu den Verträgen oder Bedingungen, der Verkäufer braucht, nach abgeſchloſſenem Contract, ſeine Reſervation nur zu erklären, und ſie muß ihm, der Käufer mag einwilligen oder nicht, zugeſtanden werden;

ſ. hierzu überh. Mevius decis. part. IV. dec. 206 und 280. Nr. 3.

Dagegen muß das pactum reservatae hypothecae noch für eine ausdrückliche Beſtätigung der durch die Tradition zu erkennen gegebenen fides gelten: das Eigenthum geht ſogleich über, und der Käufer muß ſeine Einwilligung in den Pfandvertrag beſonders erklären.

Nach Beſeitigung der wichtigſten Zweifel möge die hier zu begründen verſuchte Lehre vom Vindicationsbeweis, die auch in der deutſchrechtlichen Allodialinveſtitur bei Immobilienveräußerung nicht unterging, ſondern vielmehr bekräftigt wurde, für den praktiſchen Gebrauch eine kurze Darſtellung finden. Der Vindicant beweiſt im Allgemeinen nur ſeinen gerechten Erwerbtitel [10]), und in Gemäßheit deſſen legitim gehabten Beſitz (traditionem rei ex justa causa). Der Beweis dieſes Beſitzes ſelbſt kann ihm bei der Vindication

10) Dieſer wird vorzüglich durch die deutlich hervortretende Abſicht ſowohl des Veräußernden, dem Erwerber die Sache zum Eigenthum zu übertragen, und des Letzteren, ſie als ſolches zu erwerben, erkannt.

eines Legats, und in den Fällen nicht zugemuthet werden, wo der publicianiſche Kläger davon frei war [11]).

Dieſes könnte man vindicatio simplex nennen. Steht dem Vindicant ein ebenfalls mit gerechtem Titel erworbener, folglich als Eigenthum qualificirter Beſitz entgegen, ſo kann er nur dann obſiegen, wenn er der vom Gegner eigenthümlich erworbenen Sache replicando einen rechtlichen Fehler in Beziehung [12]) auf ſein, des Vindicanten, früheres Eigenthum nachweiſt, nämlich, daß die fragliche Sache zur Zeit, wo ſie der Vindicant als Eigenthum beſaß, von einem Dritten mala fide veräußert wurde, und in Folge deſſen auf den Beklagten, oder nunmehrigen Contravindicant kam [13]).

Hiergegen kann ſich der Beklagte oder Contravindicant ſchützen:

1) mit der exceptio oder duplica rei venditae et traditae, wenn die Sache nach der Veräußerung im böſen Glauben wieder an ihren erſten Herrn, und dann ex justa causa traditionis wieder an den Beklagten gekommen war;

2) mit der Präſcription von drei, zehn und zwanzig, oder der von dreißig Jahren, je nachdem der Vindicant von ſeinem damaligen Eigenthum und der Entfremdung ſeiner Sache unterrichtet war oder nicht;

3) mit dem Privileg des Fiscus, von dem er erwarb. Dem Vindicant ſelbſt könnte die Präſcription nur dann ein Vorrecht geben, wenn der Beklagte als Contravindicant, gegen

---

11) ſ. v. Wening-Ingenheim Lehrb. d. gem. Civilr. I. Bd. II. Buch, §. 24.

12) Dieſe Beziehung könnte man der Kürze wegen die Legitimation des Evincenten, oder zur Eviction nennen; ihre Nothwendigkeit ergiebt ſich aus der Faſſung aller Stellen des tit. Cod. de reb. al. non. alien.; insbeſ. c. 4. 6. Cod. IV. 51; auch arg. c. 16. Cod. de probat. (IV, 19.).

13) Es iſt dies alſo eigentlich weniger eine Qualification der Eigenthumsklage ſelbſt, als eine Schutzbehauptung, Exception gegen die Contravindication.

ihn ein vitium dominii nachzuweiſen unternähme, was aber meiſtens ganz überflüſſig ſeyn dürfte, da jenen ſchon ſein ſimpler Titel ſchützt. Einen beſondern Vorzug des Angriffs gewährt, wie ſchon oben erwähnt, das durch Präſcription erworbene oder befeſtigte Eigenthum ſo wenig, wie das vom auctor erworbene.

Will der Vindicant eben ſo, wie bei der hereditatis petitio qualificata geſchieht, ſeine Replik, daß das Eigenthum des Beklagten in Beziehung auf den Kläger fehlerhaft ſei, anticipiren, ſo ſteht ihm dieſes natürlich frei, und die Praxis würde dann auch eine rei vindicatio qualificata kennen lernen; jedoch gehört dieſe Qualification nicht zum Weſen der Eigenthumsklage im Allgemeinen, ſondern ſie iſt an ſich blos Replik oder Schutzbehauptung gegen die Contravindication.

Es bleibt übrig, die von Thibaut aufgeſtellten zehn Vindicationsfälle näher in Betrachtung zu ziehen. Die Entſcheidungen des erſten, dritten und ſechsten bis zehnten Falles müſſen zugegeben werden.

Im zweiten Fall iſt zu unterſcheiden:

a) der Beklagte beweiſt auch ſeinen gerechten Titel; dann bewies entweder

α) der Kläger nur ſeine einfache Vindication und ſonſt nichts; hier bedarf der Beklagte jenes Beweiſes vom Nichteigenthum des Klägers nicht; oder

β) der Kläger beweiſt gegen den Titel des Beklagten, daß dieſer vom malae fidei possessor erworben hat; hier legitimirt ſich

α) entweder der Vindicant als früherer Eigenthümer zur Eviction; dann hilft dem Beklagten ſein Beweis nichts, daß der Kläger ſelbſt vom mal. fid. possessor erworben habe; denn beide können nicht, jeder früher als der Andere, rechtmäßige Eigenthümer geworden ſeyn, und die Einrede, daß der Kläger überhaupt vom possessor mal. fid., ohne Beziehung auf ein dadurch verletztes früheres Recht des Be-

klagten die Sache erworben, iſt exceptio de jure tertii. Der Kläger wird obſiegen;

b) oder der Fall iſt umgekehrt: der Beklagte weiſt ſich als früherer Eigenthümer aus; hier iſt natürlich für dieſen zu ſprechen; es würde ihn aber, da in dieſem Falle des Klägers Beweis, daß der Beklagte das mala fide veräußerte Eigenthum eines Dritten an ſich gebracht, auch exceptio de jure tertii wäre, ſchon ſein Titel ſchützen;

c) oder Keiner legitimirt ſich zur Eviction, ſondern Beide beweiſen gegenſeitig nur die Eigenthumsbeeinträchtigung Dritter; hier bleiben wieder nur des Klägers und des Beklagten ſich einander bekämpfende einfache Eigenthumstitel übrig; es iſt für den Beklagten zu ſprechen:

b) der Beklagte beweiſt ſeinen Titel nicht; hier iſt er auf keinen Fall zum Beweis, daß der Kläger vom Nichteigenthümer erworben, legitimirt, und es iſt daher für den Kläger zu entſcheiden [14]).

Der vierte Fall entſcheidet ſich für den Kläger oder Beklagten, je nachdem ſich jener zur Eviction legitimirt oder nicht; eben ſo der fünfte Fall nach den vorhin unter a, β, a, b und c unterſchiedenen Verhältniſſen; es iſt für den Kläger zu ſprechen, ſofern er ſich zur Eviction legitimirt, außerdem für den Beklagten.

Einen eilften Fall will ich noch erwähnen: vom A iſt ſeine, durch gerechten Titel gewöhnlichermaßen erworbene

14) Die c. 16. Cod. de prob., welche bereits im Allgemeinen als geſetzlicher Beleg für Dasjenige angeführt iſt, was ich die Legitimation des Evincenten genannt habe, paßt ganz beſonders hierher; ſie ſagt:

„Sive possidetis praedia, quae a patre communi sibi fratres emancipati donata contendentes vindicant: ipsis incumbit facti probationis necessitas: sivi ipsis ea praedia quasi a patre vestro sibi donata tenentibus, vos coheredes constituti patris petitis: *ut intentionem vestram non constitisse detegant, unde domini facti sunt*, emergente quaestione docere compelluntur.“

Sache auf einen mal. fid. possessor unmittelbar gekommen, und von dieſem hat ſie B bona fide und mit gerechtem Titel erworben. Von ihm kommt ſie wieder durch das Mittel eines m. f. possessor zurück an A, der dabei bona fide und in jeder Hinſicht legal zu Werke ging, hiernächſt aber die Sache, ebenfalls auf geſetzmäßige Art, an C veräußert. B will nun dieſelbe von C vindiciren, und beweiſt ihm, daß die Sache zur Zeit, wo ſie ſein, des Vindicanten, Eigenthum geweſen, mala fide veräußert worden, und in ſpäterer Folge deſſen auf ihn, den C, gekommen ſei. Hier hat C das frühere, auf ihn übertragene Recht des A für ſich, der ihn als Streithelfer vertreten, und dem B das Nämliche mit Wirkung entgegenſetzen kann, womit B den C zu bekämpfen geſucht hatte. Es tritt der Fall ein, wo ſich ein Vindicant auf das Eigenthum ſeines auctor ſtützen muß, nicht aber, um ſein Eigenthum darzuthun, ſondern um es gegen einen ihm nachgewieſenen Fehler deſſelben durch den Beweis eines gegentheiligen, dieſen aufhebenden, Fehlers zu ſchützen.

War die Sache dem früheren Eigenthümer nicht durch die Veräußerung eines m. f. possess., ſondern ſonſt zufällig weggekommen, und ein Anderer hatte ſie b. f. und justo titulo erworben, ſo kann jener gegen dieſen nichts ausrichten.

XVII.

Ueber die herzoglich Naſſauiſche Untergerichtsordnung vom 13. December 1825.

In dem 1ſten Hefte des civiliſtiſchen Archivs vom Jahr 1822. B. VI. iſt die herzoglich Naſſauiſche proviſoriſche Proceßordnung vom 23. April 1822 angekündigt worden.